Arglist und Verjährung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
an der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-
Universität zu Breslau.

Vorgelegt von
Walter Lehnert,
Gerichtsreferendar
aus Steinau a/Od.

1928
Buchdruckerei Oscar Heinze, Liegnitz, Ritterstraße 24.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissen-
schaftlichen Fakultät der
Universität Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

Meiner Braut.

Literaturverzeichnis.

Baehr: Gutachten, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages.
Brecht: System der Vertragshaftung, Iher., Jahrb. 53, S. 213.
Binder: Rechtsphilosophie 1925.
Brenner: Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Dis. 1926 Frankfurt a/M.
Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, IV. Auflage 1903.
Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd. 1902.
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1906.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens III. Aufl. 1906.
Dernburg: Pandekten I. Bd. VI. Aufl. 1901/3.
Eck: Vorträge über das Recht des BGB., erläutert von Leonhard, I. u. II. Aufl. 1903.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts IX. Auflage 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, XVIII bis XXI. Aufl. 1923.
Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht, II. Aufl. 1901.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, XII. Auflage 1923.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Aufl. 1903/08.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 1897.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht 1900.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, III. bis IV. Auflage 1907.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, II. Aufl. 1903.
Langheineken: Anspruch und Einrede 1903.

Mayer: Die Verjährungseinrede und die Gegeneinrede der Arglist und der ungerechtfertigten Bereicherung, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1918, S. 35.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, V. Aufl. 1909.
Oertmann: Kommentar zum Recht des Schuldverhältnisses, II. Aufl. 1906.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, III. Aufl. 1904.
Prillwitz: Der Begriff und die Anwendbarkeit der Arglisteinrede im Zivilprozeßverfahren Diss. Jena 1914.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch.
Schneider: Begriff von Treu und Glauben, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 25.
Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1902.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse 1900.
Silbermann: Die exceptio doli generalis und das Bürgerliche Gesetzbuch, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, S. 105.
Simonson: Rechtsgefühl und Rechtsprechung, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1907, S. 1366.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, III. Aufl. 1926.
Stammler: Recht der Schuldverhältnisse 1897.
Stammler: Festschrift 1926.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, XI. Auflage 1921.
Staub/Stranz: Wechselordnung 1907.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, V. bis VI. Aufl.
Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts, III. Auflage 1893.
Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis, IV. Auflage 1902.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 1914.
v. Tuhr: Die neue Literatur zum BGB. DJZ. 1901, S. 445.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich 1923.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Archiv für zivilistische Praxis 1906, Bd. 100.

Weyl: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker 1898.
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgericht, II. Auflage 1923.
Denkschrift: Zum Entwurf eines BGB., Stenogr. Berichte über die Verhandlung des Reichstags, 9. Leg. Per. IV. Session 1895/7, 1. Anl. Bd.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen, RGZ.
Juristische Wochenschrift.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Motive zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, I. u. II. Bd. 1888.
Das Recht.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Inhaltsverzeichnis.

Arglist und Verjährung.

Die neuere Rechtsprechung stellt durchweg, die Lehre zum großen Teil den Satz auf, daß die Geltendmachung von Ansprüchen und Einreden in Widerspruch mit Treu und Glauben unzulässig ist.

Um diesem Satz Geltung zu verschaffen, ist die Einrede der Arglist gegeben. Es wird das im Widerspruch zu Treu und Glauben geltend gemachte Recht nicht verneint, es bleibt formell bestehen, aber die Geltendmachung dieses Rechtes wird durch eine dauernde oder zeitlich beschränkte Einrede gehemmt.

Die vorliegende Arbeit nimmt aus dem großen Gebiet der Arglisteinreden gegenüber irgend welchen in Widerspruch zu Treu und Glauben geltend gemachten Ansprüchen nur das Gebiet der Arglisteinrede gegenüber der Verjährung heraus.

§ 1.

Die Verjährung.

„Verjährung im Sinne des BGB. ist die durch Zeitablauf begründete, rechtlich anerkannte Unmöglichkeit, einen Anspruch wider den Willen des Anspruchsgegners durch gerichtliche Hilfe zu erzwingen"[1]).

Ihre Folge ist das Leistungsverweigerungsrecht. Die verjährte Schuld ist demnach eine Schuld ohne Haftung.

Die Motive zum BGB. I S. 291 begründen sie folgendermaßen: „Der Verkehr verträgt es nicht, daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht lange zurückliegende Tatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkt gemacht werden, in dem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr, oder doch nur schwer in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerten."

---

1) Staudinger Vorbem. zu § 193.

Da die Verjährung dem öffentlichen Interesse dient, sind die Vorschriften zwingender Natur; sie kann deshalb im voraus weder erschwert noch ausgeschlossen werden. Der Grund der Verjährung steht im Zusammenhange mit der Grundidee der Privatrechtsordnung. Sie soll nur Hilfe sein für schutzwürdige Interessen. Berechtigte Ansprüche werden innerhalb nicht allzulanger Zeit betätigt, sonst spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Anspruch unbegründet ist. Dann ist er aber auch nicht schutzbedürftig.

Außerdem sind die Verjährungsvorschriften aber auch von wirtschaftspolitischer Bedeutung. Dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt sollte zwar nach der Anschauung der I. Kommission (M. I. S. 299 ff.) hinter dem rechtspolitischen Zwecke zurücktreten. Er läßt sich aber trotzdem nicht verleugnen; die kurzen Verjährungsfristen vermeiden Zinsverlust.

Anspruchsverjährung und Ausschlußfrist sind im BGB. streng geschieden. Während Verjährungsfristen nur Ansprüchen gegenüber vorkommen, dienen die Ausschlußfristen nur ausnahmsweise der Abschneidung von Ansprüchen, betreffen jedoch regelmäßig Rechte, welche keine Ansprüche sind, z. B. Anfechtungsrecht, Widerrufsrecht des Schenkers[2]).

Die Wirkung ist ebenfalls verschieden. Bei der Verjährung bleibt der Anspruch als solcher bestehen, durch die Verjährung ist nur eine Einrede gegen die Durchführung dieses Anspruchs gegeben, bei der Ausschlußfrist jedoch geht das Recht unter, es besteht garnicht mehr. Daher ist die Ausschlußfrist auch von Amtswegen zu berücksichtigen, die Verjährung dagegen nur, wenn sie geltend gemacht wird. Sie ist der Unterbrechung und Hemmung unter gewissen Voraussetzungen zugänglich, die Ausschlußfrist dagegen ist regelmäßig ein tempus continuum.

Entgegen der herrschenden Meinung möchte zwar Wendt[3]) „am liebsten die Meinung aussprechen, die Anwendung von § 203 BGB. sei überall selbstverständlich, so oft Klageerhebung zur Frage steht, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Befristung oder Verjährung handelt." Dem muß aber entgegen gehalten werden, daß man mit dieser Anwendung dem klaren Willen des Gesetzgebers zuwiderhandeln würde.

---

[2]) Wendt, Arch. f. z. Pr. Bd. 92, S. 152 Anm. 80 und S. 165 ff.

[3]) Wendt, a. a. O., S. 171 ff.

§ 2.

Exceptio doli.

1. exceptio doli specialis und generalis und ihre Beurteilung.

Die Zulässigkeit des Einwandes der Arglist gegenüber der Verjährung wird allgemein bejaht. Nur über seinen notwendigen Inhalt, entsprechend der Verschiedenheit der Auffassungen über den Inhalt des Einwandes der Arglist überhaupt, gehen die Anschauungen auseinander.

Die Hauptfragen sind daher:

Muß die Arglist erst in der Geltendmachung liegen, oder muß sie schon früher begründet sein? Muß die Arglist den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 BGB. enthalten, oder braucht sie nur einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen?

Man hat zwei Arten der exceptio doli zu unterscheiden, die exceptio doli specialis und die exceptio doli generalis. Die exceptio doli specialis gründet sich darauf, daß der Anspruch durch arglistiges Verhalten, insbesondere durch Betrug, erlangt ist; die replicatio doli, daß die Einrede arglistig erlangt ist. Sie ist auch nach dem BGB. zulässig, wenn der Anspruch durch Betrug oder vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erlangt ist. Allgemein läßt sich der Grundgedanke dahin aussprechen:

Wer durch eine unerlaubte Handlung einen Anspruch erworben hat, darf sich darauf nicht berufen.

Früher unterschied man scharf zwischen der exceptio doli generalis und specialis. Die Grenzen zwischen diesen beiden exceptiones haben sich jedoch fast vollkommen verwischt.

Die aus dem römischen Recht stammende exceptio doli generals beruhte ursprünglich auf dem Gedanken, daß der Kläger unredlich handle, indem er die Klage anstrenge. Jede Einrede wurde also zur exceptio doli, wenn der Kläger in Kenntnis derselben Klage erhob. Später stellte man es nicht auf die Kenntnis des Klägers ab, sondern gestand die exceptio doli zu, wenn die Geltendmachung des Anspruchs, der zwar formell bestand, gegen Treu und Glauben verstieß.

Im BGB. ist die exceptio doli generalis zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber auch hier kann ihre Geltung angenommen werden.

Man hat der exceptio doli, generals den Vorwurf gemacht, daß sie mißbräuchlich benutzt werde, und daher ganz zu verwerfen sei, sie verwische die Grenze zwischen Recht und Moral.

Brenner[4]) bezeichnet den Kampf um sie „den Kampf um die Freiheit des Richters." Wer bestimmen wolle, daß die Geltendmachung von Ansprüchen und Einreden Treu und Glauben widerspreche, stelle sich über das Gesetz, welches Ansprüche und Einreden gewährt habe; denn wenn das Gesetz Ansprüche und Einreden gewähre, so bestimme es damit von sich aus, daß die Geltendmachung dieser Ansprüche und Einreden in Einklang mit Treu und Glauben stehe.

Dieser Vorwurf ist aber ungerechtfertigt. Der Richter wird nicht über das Gesetz gestellt, sondern hat nur einen Grundsatz des geltenden Rechts anzuwenden, da die exceptio doli generalis aus dem Gesetz selbst abzuleiten ist. Aber auch wenn die Bedenken gerechtfertigt sein würden, so ist trotzdem die freie Richtertätigkeit zu bejahen. Der Gesetzgeber ist nicht allwissend, er hat nicht alle unter seine Regelung fallenden Tatbestände und sämtliche Folgerungen übersehen können. Der Richter muß daher bei seinen Entscheidungen die Möglichkeit haben, zu eng gefaßte Vorschriften erweitern und zu weit gefaßte einschränkend auslegen zu können. Da wir statt eines allgemeinen Verbotes des Rechtsmißbrauches nur die enge Bestimmung des Schikaneverbotes im BGB. haben, ist die exceptio doli generalis zur Bekämpfung formalen Rechtsmißbrauchs unumgänglich notwendig.

Hieraus erklärt sich auch, daß § 826 BGB. allein nicht mehr für die allgemeine Arglisteinrede genügt, sondern für sie § 242 BGB. als alles beherrschende Norm zum Ausdruck kommt. Daher erklärt sich auch der Versuch, die exceptio doli generalis als einen einheitlichen Rechtsbegriff der geltenden Rechtsordnung zu streichen und nachzuweisen, daß in allen Fällen, in denen die Praxis diesen Begriff anwendet, die Lösung auf anderem Wege besser zu finden ist.

Brenner bezeichnet die allgemeine Arglisteinrede nicht nur als überflüssig, sondern sogar als unbrauchbar und schädlich. Sie führe dazu, die maßgebenden Fragestellungen zu verdecken und mühsam herausgearbeitete klare und reine Rechtsbegriffe zu verdrängen. Sie bewirke eine

---

[4]) Brenner, S. 1.

unorganische Fortbildung des Rechtes. Einen Teil der Fälle, die mit der exceptio doli generalis gelöst würden, könnten im Wege richtiger Gesetzesauslegung entschieden werden, bei einer großen Gruppe werde die richtige Auslegung verdeckt. Das gelte sowohl für die Feststellung, ob überhaupt zwischen den Parteien ein Rechtsgeschäft zustande gekommen sei, als auch für die Frage, welche Rechte und Pflichten gegebenenfalls aus ihm entsprängen. Der angeblich einheitliche Begriff der exceptio doli generalis enthalte keinen eigenwertigen Rechtsatz, wohl aber verschleiere er die Erkenntnis der durch ihn verhüllten, nach Voraussetzung und Wirkung ganz verschiedenartigen Rechtssätze, die aus den geschichtlich gewordenen Einzelvorschriften abzuleiten seien. Wenn auch sachlich nichts gegen die freie Richtertätigkeit einzuwenden sei, so dürfe man doch, wenn man unter dem Deckmantel der exceptio doli generalis die freie Richtertätigkeit bejahe, sich dabei nicht der exceptio doli generalis als eines selbständigen und eigenwertigen Hilfsmittels bedienen. Denn eine lediglich aberkennende und auf Einzelfälle beschränkte freie Richtertätigkeit führe Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit herbei. Vielmehr tue es Not an die Stelle der mit einem fremden Hilfsmittel vergangener Rechtssysteme arbeitenden kasuistischen Rechtsfindung eine konstruktive Rechtsfindung treten zu lassen, welche vom Boden der neuen Rechtsordnung aus selbständig vorgehend über den Einzelfall hinausgreifende Rechtssätze aufzeige, nach denen die Allgemeinheit sich richten könne.

Zugegeben muß dem gegenüber werden, daß der Begriff der exceptio doli generalis keinen eigenwertigen Rechtssatz enthält. Es ist ein Sammelname für recht verschiedenartige Erscheinungen. Die Praxis bringt oft unter diesem Namen Fälle, in denen von Arglist keine Rede mehr sein kann, sondern nur objektive Verstöße gegen Treu und Glauben vorliegen. Es fehlt an einheitlichen Voraussetzungen. Aber trotzdem geht es zu weit, wenn dem Begriff der exceptio doli generalis jede Bedeutung heut abgesprochen werden soll. Brenner verkennt dabei die geschichtliche Bedeutung der exceptio doli generalis. Sie machte schon im römischen Recht die Wandlung vom subjektiven Unrecht zu objektivem bonae-fidei-widrigen Verhalten durch und tritt heut noch als bedeutender Faktor der Rechtsfortbildung uns entgegen. Es darf nicht die große rechtsfortbildende Kraft des Begriffes übersehen werden. Es kann

nicht geleugnet werden, daß ihm trotz der Sonderheiten der einzelnen Anwendungsfälle ein charakteristisches Merkmal eigen ist, das alle diese verschiedenen Fälle als Erscheinungen eines höheren Prinzips verbindet. Die exceptio doli generalis ist nichts anderes als eine Ausdrucksform des Prinzips von Treu und Glauben, das unsere ganze Rechtsordnung beherrscht. Sie ist immer gegeben, wenn eine Partei durch formales Recht sich mit dem natürlichen Rechtsempfinden in Widerspruch setzt. Eine subjektive Arglist braucht keineswegs vorzuliegen, die Arglisteinrede schlägt auch solchen Gesetzesbestimmungen gegenüber durch, die vom Richter von Amtswegen zu berücksichtigen sind. Die exceptio doli generalis ist also weder eine Angelegenheit der Parteimoral noch der Prozeßtaktik, sondern der Gesetzesanwendung. Sie ist „eine herkömmliche Folge einer verdeckten Gesetzeslücke“[5]). Die Arglisteinrede sollte man überall da gewähren, wo ein triftiger Grund für die Überzeugung besteht, daß der Gesetzgeber, wenn er den konkreten Fall als typischen vor Augen gehabt und geregelt hätte, „seiner abstrakten Regelnorm eine spezielle Ausnahmenorm beigesetzt haben würde“[6]).

Von diesem Grundgedanken aus ist die Rechtsprechung zur Weiterfortbildung des Rechts gelangt. Ein vernünftiger Gesetzgeber kann bei der Lückenhaftigkeit jeden Gesetzes auf derartig allgemeine Rechtsbegriffe nicht verzichten. Durch sie gelangt man immer wieder zu neuen Rechtsbegriffen und allgemeinen auf Einzelvorschriften des Gesetzes aufbauenden Rechtssätzen.

Enneccerus[7]) sagt, man müsse zwar bei Annahme der exceptio doli generalis vorsichtig sein, aber die Aufgabe, die dem Richter gestellt sei, sei nicht größer als in den zahlreichen Fällen, wo auf das richterliche Ermessen verwiesen ist. Es sei auch unrichtig, diese Frage mit den Bestrebungen der sogenannten Freirechtschule zusammenzuwerfen, denn es handele sich nicht darum, das Gesetz zu meistern, sondern einen überall in dem Gesetz hervortretenden Grundgedanken in einer dem Sinn des Gesetzes entsprechenden Weise auszugestalten. Das ganze Gesetzbuch durchdringe das Bestreben, Treu und Glauben zu schützen. Daraus könne ihre Anwendbarkeit geschlossen werden.

Silbermann[8]) sagt, daß die exceptio doli generalis ein

---

[5]) Ref. in Stammler-Festschrift 1926 S. 324.
[6]) Binder, Rechtsphilosophie 1925 S. 924.
[7]) Enneccerus § 208, 2 b. Anm. 11.
[8]) Silbermann Z. f. R. V. S. 35.

unentbehrlicher Rechtsbehelf sei, um dem Recht zum Siege zu verhelfen. Sie werde nicht angewandt, um ethische und sozialpolitische Ideen über das bestehende Recht zu setzen Es sei daher zu begrüßen, daß das Reichsgericht die exceptio doli generalis als geltendes Recht behandele. Diese enthebe nicht von der Kenntnis und Anwendung des Rechts, sie setzte im Gegenteil die gründlichste Rechtskenntnis voraus und führe zur Anwendung des in Wirklichkeit bestehenden Rechts. Der deutsche Richter werde die Bedenken gegen die exceptio doli generalis zu schanden machen, so daß sie zum Segen und nicht zum Fluche der Rechtspflege gereichen werde.

Regelsberger[9]) sagt: „Daß der Gebrauch der exceptio doli generalis eine feste, durch die Beschäftigung mit dem Recht gestählte Hand erfordert, wenn nicht Unheil angerichtet, Willkür an die Stelle des Rechts gesetzt werden soll, darüber war man nie im Zweifel. Aber sollen die Erwachsenen der scharfen Messer entbehren, weil sich Kinder damit schneiden können?"

2. Die Frage der Zulässigkeit der exceptio doli generalis und ihre Herkunft.

Das Reichsgericht hat die Zulässigkeit der Anwendbarkeit der exceptio doli generalis bejaht[10]).

„Die Rechtsprechung, und zwar gerade die Rechtsprechung des V. Zivilsenates, von welchem die Entscheidungen Bd. 63, 183 und Bd. 68, 103 ausgingen, hat für das Gebiet des BGB. die Existenz einer exceptio doli generalis ausdrücklich anerkannt in der Entscheidung Bd. 58, 429. Auch in der sonstigen Rechtsprechung ist die Einrede der Arglist zur Anerkennung gelangt."

Im Bd. 58, 406 sagt das Reichsgericht, daß der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben „den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr beherrsche." Wenn das Reichsgericht auch in dieser Entscheidung nicht die Bezeichnung dolus generalis gebraucht, so trifft dieser Fall lediglich die exceptio bezw. replicatio doli generalis. Ebenso geht das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 57, 62 von dem Bestande einer exceptio doli generalis aus, wenn auch im gegebenen Falle deren Anwendbarkeit verneint wird.

---

[9]) Regelsberger, kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1903 S. 435.
[10]) R. G. Z. 71, 435.

Die Zahl der Reichsgerichtsentscheidungen ließe sich beliebig vermehren. Eine genaue Aufzählung würde aber über den Rahmen der vorstehenden Arbeit hinausgehen. Brenner hat eine nach dieser Richtung hin vollzählige Aufstellung gegeben.

Das Reichsgericht folgt also dem römischen Juristen Paulus, der in fr. 1 § 1 Dig. de doli mali exceptioni 44,4 lehrt: „Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalen aequitatem prosit."

Die Rechtsprechung und das Schrifttum in seiner Mehrzahl haben die Frage bejaht, daß das geltende Recht eine exceptio doli generalis enthalte.

Warneyer[11]) sagt, daß § 242 BGB. dazu führe, die Einrede der Arglist die gemeinrechtliche exceptio doli generalis für das Recht des BGB. anzuerkennen. Sie sei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben überall da anzuwenden, wo die Geltendmachung eines an sich begründeten Rechts den Anforderungen von Treu und Glauben widerstreitet; ihre Wirkung geht dahin, daß der Berufung auf das formell begründete Recht des einen Vertragsteil die Rechtswirksamkeit versagt wird. Diese Arglisteinrede dürfe jedoch nicht jeder unbilligen Rechtsverfolgung entgegengesetzt werden, da dies dazu führen würde, anstelle des objektiven Rechts Billigkeitserwägungen zu setzen.

Bei Staudinger[12]) heißt es in der Vorbemerkung zu § 242 BGB., daß die Verweisung auf Treu und Glauben auf keinen Fall soviel bedeute, daß ein über den Parteien stehendes subjektives Ermessen des Richters den Inhalt der Leistungen zu bestimmen habe. Vielmehr solle durch diese Worte eine objektive Norm zur Abwägung und Entscheidung der widerstreitenden subjektiven Deutungen des Inhalts der Leistung aufgestellt werden.

Ebenso heißt es in den Vorbemerkungen bei Planck[13]) daß das Vorhandensein der exceptio doli generalis angenommen werden könne. Daß sie dem Mißbrauch ausgesetzt sei, könne kein Grund sein, sie zu verwerfen.

Ebenso Lindemann-Sörgel[14]): „Auch für das BGB. gilt die gemeinrechtliche exceptio doli generalis und die Replik der Arglist.

---

11) Warneyer, § 242, IV, S. 399.
12) Staudinger, Bd. II, § 242.
13) Planck, § 242.
14) Lindemann-Sörgel, § 242.

Der Kommentar der Reichsgerichtsräte nimmt, wie folgt, dazu Stellung[15]): „Alles in Allem ist durch die Vorschrift des § 242 ein der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis entsprechender Rechtsbehelf geschaffen worden, wie dies der feststehenden Rechtssprechung des Reichsgerichts entspricht.

Neumann[16]) sagt: „Nicht nur die Art der Leistung, sondern das ganze Schuldverhältnis untersteht dem Grundsatz von Treu und Glauben, insbesondere also auch die Frage, ob überhaupt zu leisten sei (exceptio doli generalis)."

Ebenso Stammler[17]): „So muß man zugeben, daß es in der Sache genügen würde, anstelle der vielen ergänzenden Rechtssätze, welche die Leistung in besonderen Schuldverhältnissen regeln, den einen Satz zu haben, wie das BGB. ihn im § 242 aufstellt."

Er weist auch darauf hin, daß die Bestimmung des § 242 BGB. zwingenden Charakter habe, weil sie an der Spitze des Buches über das Recht der Schuldverhältnisse stehe.

Kuhlenbeck[18]) hält ebenfalls den § 242 für den Ausdruck der alten exceptio doli generalis. Nach Danz[19]) ersetzt § 242 diese exceptio. Schollmeyer[20]) hält § 242 für ein Überbleibsel der exceptio doli generalis. Schon der objektive Verstoß gegen Treu und Glauben sei zu ihrer Begründung genügend.

Innerhalb der Meinung, daß die exceptio doli generalis auch im heutigen Recht angenommen werden kann, bestehen jedoch zwei Ansichten; die eine leitet sie aus § 242 her, die andere will sie allgemein, ohne sie auf einen bestimmten Paragraphen zu stützen, annehmen.

Baehr[21]) verteidigt die exceptio aus allgemeinen Gesichtspunkten: „Die exceptio doli generalis greift überall Platz, wo jemand einen Anspruch geltend macht, durch den er sich mit Treu und Glauben in Widerspruch setzt."

Staub-Stranz[22]) wendet sich gegen die exceptio doli generalis: „Deren Begriff sehr verschwommen sei und keine selbständige Existenzberechtigung habe."

---

15) § 242.
16) § 242 Nr. 2.
17) Stammler, S. 49.
18) Kuhlenbeck, in Staudingers Komm., § 242.
19) Danz, S. 145.
20) Schollmeyer, § 242 Anm. 1.
21) Baehr, Gutachten, Verh. d. 20 dtsch. Juristentages S. 299.
22) Staub-Stranz, Art. 82, S. 213.

Dagegen sagt Endemann[23]): „Besonders zu beachten ist die Bedeutung, die der exceptio doli generalis heute nach dem Grundsatze von Treu und Glauben und nach § 133 BGB. allen Formgeschäften zukommt."

Oertmann[24]) sagt: „Ob es im geltenden Recht noch eine selbständige Einrede der Arglist (exceptio dolis generalis) gibt, ist sehr bestritten. Man hat sie vielfach als auch ohne besondere Anerkennung im Gesetzbuch zu recht bestehend, verfochten, bisweilen aus der häufigen Erwähnung der Verstöße gegen Treu und Glauben gefolgert."

Jaeger[25]) nimmt die exceptio doli generalis als geltendes Recht an.

Ebenso spricht sich Josef[26]) für diese Annahme aus.

Fischer-Henle[27]) sagt: „Ein allgemeines Verbot der Rechtsausübung gegen die Anforderungen der guten Sitten und von Treu und Glauben im Verkehr (exceptio doli generalis) ist zwar nicht aufgenommen, wird aber von der Praxis immer mehr zur Geltung gebracht."

Staub[28]) führt aus: „Unter der Herrschaft des alten Rechts war diese Einrede (exceptio doli generalis) allgemein zugelassen, sie hat im BGB. im nicht geringeren Umfange Geltung."

Rehbein[29]) führt dazu aus: „Der Grundsatz des § 242 kann als die gesetzliche Grundlage der gemeinrechtlichen, auch im preußischen Recht anerkannten exceptio doli generalis gelten. § 242 wendet sich gegen die starre Anwendung der Rechtssätze, wo sie zu Mißbrauch führt. Nicht um Verwirklichung des sozialen Ideals handelt es sich dabei, sondern um die Achtung der ethischen Seite des Rechts, die verlangt, daß nicht als Recht durchgeführt wird, was nach Treu und Glauben im Verkehr, d. h. nach dem, worauf sich ehrliche und anständige Leute im Verkehr verlassen können, nicht gutes Recht ist."

Kraus[30]) sagt, daß die exceptio doli generalis, die dem gemeinen Recht entstamme, zwar nicht ausdrücklich vom BGB. übernommen sei, daß aber der ihr innewohnende allgemeine Grundgedanke als selbstverständlich voraus-

---

[23]) Endemann, § 65, Note 35.
[24]) Oertmann, § 242, Note 4.
[25]) Jaeger, § 6 bezw. § 8, Anm. 27 bezw. 7.
[26]) Josef, Gruchhot, Beitr. 51, S. 273.
[27]) Fischer-Henle § 242.
[28]) Staub, Kommt. zum H. G. B. § 346 Anm. 19.
[29]) Rehbein, §§ 241/92 Note 3.
[30]) Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1907, S. 347.

gesetzt werde. Es müsse daher angenommen werden, daß sie auch nach dem Recht des BGB. Geltung habe.

Rehbein[31]) bezeichnet den § 242 als ein nicht nur die exceptio doli generalis begründendes, sondern auch für den Gläubiger geltendes positives Prinzip, dessen Ausflüsse in dem Satz zu finden seien: „Niemand darf aus dem von ihm selbst verschuldeten Rechtsverlust eines anderen Vorteile ziehen."

Der Hauptvertreter für die Annahme der exceptio doli generalis ist Wendt[32]). Er wendet sich im wesentlichen gegen Schneider, auf dessen Ansicht später eingegangen werden soll. Die gründliche und fast grundlegende Abhandlung von Wendt hat sich nach ihren eigenen Worten das Ziel gesetzt: „Die Praxis des Reichsgerichts, welche sich von vornherein nach dem Inkrafttreten des BGB. auf den Standpunkt gestellt hat, die exceptio doli generalis sei unserem geltenden Recht nicht entfremdet und habe in § 242 ihre sichere Stütze, zu rechtfertigen und zu stützen." Unter ausgiebiger und sorgfältiger Benutzung des römischen Rechtsstoffes der gemeinrechtlichen Litteratur und der Praxis des neueren Rechts hat der Verfasser den Beweis geliefert, daß die exceptio doli generalis auch nach dem Recht des BGB. bestehe und bestehen müsse. Er weist daraus nach, daß auch heute das ganze Schuldverhältnis dem Grundsatz von Treu und Glauben unterstehen müsse. Und zwar besteht sie nicht, wie Eck meint, „von Gottes Gnaden", sondern als ein Rechtsbehelf, der im BGB. selbst und zwar im § 242 seine Quelle habe. Es frage sich, ob die Beurteilung ex fide bona dazu führen könne, den Gläubiger abzuweisen, obwohl Verträge oder andere Tatsachen ihm einen Anspruch gegeben haben. Aus diesem Grund müsse man auf das römische Recht zurückgehen. Das römische Recht verstehe die Aufgabe des Richters, ex fide bona über ein Schuldverhältnis zu urteilen, durchaus so, auch die Geltendmachung des Anspruchs dieser Prüfung zu unterziehen.

Trotz der scheinbar engen Zusammengehörigkeit von § 241 und § 242 gehe die herrschende Ansicht doch dahin, die Norm von Treu und Glauben könne auch zur Ablehnung und Verweigerung den Anlaß geben, und dürfe dem Gläubiger als Kritik und Beurteilung seines Begehrens der Leistung entgegen gehalten werden. Der Gläubiger sei ver-

---

31) Rehbein, II, 13.
32) Wendt, Arch. f. z. Pr. Bd. 100.

pflichtet, seine Forderung so geltend zu machen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Man komme also zu dem Ergebnis, daß die Vorschrift des § 242, die im Wortlaut nur für das Verhalten des Schuldners eine Richtschnur ziehe, doch auch geeignet sei, das Auftreten des Gläubigers ebenfalls der gleichen Norm zu unterwerfen. Dazu führe allerdings mit Notwendigkeit die Korrespondenz von Recht und Pflicht, von Forderung und Schuld. Mit dem Maß der Schuld sei von selbst für den Gläubiger eine Grenze seines Rechts ausgesprochen.

Den hauptsächlichsten Grund für diese Auffassung des in § 242 niedergelegten Rechtsatzes bilde das römische Recht mit allen seinen Überlieferungen teils über die bonae fidei-Kontrakte, teils über die exceptio doli, und dazu die Erkenntnis, daß es die Absicht des Gesetzes zweifellos sei, das von den Pandekten gelehrte bona fides-Prinzip zur allgemeinen Norm sämtlicher Schuldverhältnisse zu erheben und zum leitenden Grundsatz unseres Schuldrechts überhaupt zu machen. Nicht etwas anderes und auch nicht etwas geringeres, minder weit reichendes, sondern das römische bona fides-Prinzip als solches sollte ausgesprochen werden. Die dagegen geäußerten Bedenken seien nicht begründet. Auch die große Mehrzahl aller Spezialbestimmungen unseres Schuldrechts verdanke den bonae fidei-Betrachtungen ihren Anspruch. Die Herkunft der einzelnen Paragraphen könne bis zu ihrer Quelle zurückverfolgt werden.

Die Frage, ob der Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 des BGB. nur geeignet sei, zur Ergänzung des Gesetzes zu dienen und praeter legem da, wo Gesetzesbestimmungen fehlen, diese Ergänzung im Geist des Gesetzes herbeizuführen, oder ob er darüber hinaus korrektorisch zu wirken und ungeschriebenes Recht zur Geltung zu bringen vermöge, sei dahin zu beantworten, daß § 242 dem Richter in der Tat die Weisung gebe, Treu und Glauben im einzelnen Fall auch dem Gesetz entgegen zur Geltung zu bringen, und zwar weil das Gesetz selbst es ihm so gebiete, und der wahre Wille des Gesetzes nur so zur Verwirklichung gelangen könne. Auch bei freiester Handhabung des § 242 stelle er sich lediglich in den Dienst des Gesetzes und handele juris civilis causa, trotzdem er anscheinend das geschriebene Recht verleugnet. Das Obligationenrecht sei nur äußerlich die Stelle, an welcher im Gesetz die bestimmten Rechtsätze aufgezeichnet seien, sie reichen aber in

ihrer Tragweite soweit, als es überhaupt aus irgend welchem Grunde Ansprüche und Verbindlichkeiten gebe.

Schneider[33]) ist der Hauptgegner einer Annahme der exceptio doli generalis, weil sie statt der klaren juristischen Begriffsbestimmungen das subjektive Gefühl des Richters setze. Da dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im BGB. eine ganze Anzahl von Vorschriften, die zwar in der Ausdrucksweise verschieden seien, aber denselben Grundgedanken haben, entsprechen, will er daraus ersehen, daß für eine allgemeine exceptio doli generalis, kein Raum mehr sei, da alle diese Einzelbestimmungen genügten. Die bona fides sei vor allem Vertragstreue, Treue innerhalb des betreffenden Vertragsverhältnisses, nicht vermeiden des den Beteiligten vielleicht gänzlich unverständlichen Benehmens „anständiger Leute", wo sie doch andererseits imstande wären, die Mittellinie ihrer Interessen, wo noch nötig, selbst zu empfinden und zu finden. Wo das Gesetz den Verpflichteten von der Vertragstreue entbinden wolle, bestimme es selbst. Das gesetzte Recht bleibe der „rocher de bronze". Noch viel abwegiger als mit einem nicht vorhandenen Parteiwillen sich zu behelfen, der aber „vernünftig und hübsch artig sein müsse," sei es einen „allgemeinen Verkehrswillen" heraufzubeschwören. Der Richter sei nicht dazu berufen, der Ethik oder den Ansprüchen auf sittliches Wohlempfinden im Recht zur Verwirklichung zu verhelfen. Er solle vielmehr Rechtsprechen auf dem ihm freigelassenen Gebiet, und dabei übe die Ethik unmöglich einen größeren Einfluß aus, als bei der gesetzlichen Gestaltung des Rechts. Oder solle es der Gesetzgeber zu lassen, daß sein Organ ethischer das Recht bestimme als er selbst? Die Verwirklichung ethischer Grundsätze sei nicht das Ziel der Rechtsordnung, sie würde das auch nie erreichen. Die Sittlichkeit spiele nur eine beschränkende Rolle, das Recht solle sich mit ihren Geboten möglichst wenig in Widerspruch versetzen. Die Rechtsordnung habe ihre eigentümliche Zweckbestimmung, ihre besonderen Wege und Erwägungen zur Erreichung ihres Zieles und müsse in ihren Anforderungen an die Menschen weit genügsamer sein. Alles das könne sich unmöglich ändern, weil richterliches Ermessen ins Spiel komme. Treu und Glauben bedeuten für die Beteiligten einmal die Pflicht, da, wo die Bestimmungen des Gesetzes oder der

---

[33]) Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B.

Vertragsabrede im Stiche lassen, oder trotz der Worte in Wahrheit nicht mehr passen, bei der eignen Leistung und bei der Anforderung an die Leistung des Gegners, was die Art ihrer Ausführung anbelange, eine beiden Teilen tunlichst gerechte, die Verkehrssitte mit berücksichtigende Mittellinie inne zu halten, sodann auch die Gewißheit, daß der Richter im Streitfall auch hiernach entscheide, d. h. auf dem vom gesetzten Recht offen gelassenen Gebiete so entscheide, wie der Gesetzgeber es selbst tun würde, von der Mittellinie zwischen den entgegenstehenden Interessen aus unter besonderer Berücksichtigung der im Verkehr eingefestigten, ein gewisses Mittelmaß ergebenden Sitte. Dieser so formulierte Grundsatz von Treu und Glauben erschöpfe jedoch die alte exceptio doli generalis,. Alles übrige, was auf deren Rechnung gesetzt werde, ließe sich anders erklären und auflösen. Der Grundsatz von Treu und Glauben erstrebe nicht das „soziale Ideal". Das Gesetz wolle nicht mit dieser Generalklausel freie Hand der Entscheidungsmacht des Richters geben. Wo es das Gesetz wolle, ergehe in solchen Fällen eine besondere ausdrückliche Weisung an den Richter.

Dem ist entgegenzuhalten, daß alle diese Bestimmungen des BGB. allzusehr ins Einzelne gehen, mit Ausnahme von § 242, um aus ihnen eine allgemein gültige exceptio doli generalis herzuleiten. Diese kann nur aus § 242 entnommen werden. Zwar spricht auch § 157 ganz allgemein von der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben, dieser Paragraph behandelt aber nur die Auslegung von Verträgen, während § 242 ganz allgemein von Schuldverhältnissen spricht.

§ 3.

Die Vorarbeiten zum BGB. hierzu.

Als das BGB. noch nicht galt, hat Kuhlenbeck[34]) gesagt: „Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches stellt eine allgemeine exceptio doli nirgends auf. Allein mit vollem Recht meint Dr. Eck (Sammlung von Vorträgen über den Entwurf, Heft 1 S. 49): „Dieselbe muß auch ohne positive Anerkennung gleichsam von Gottes Gnaden gelten."

Bei den Vorarbeiten zum BGB. hat die Mehrheit der II. Kommission die Zulassung einer exceptio doli generalis

[34]) Kuhlenbeck a. a. O.

abgelehnt. Zu Gunsten der Anerkennung der exceptio doli generalis war bei den Verhandlungen der II. Kommission folgendes gesagt worden: (Bd. 1, S. 239):

Was die exceptio doli generalis anbelange, so ergäbe sich das Bedürfnis für ihre Anerkennung daraus, daß das Gesetz nicht imstande sei, die Voraussetzungen des subjektiven Rechts so zu normieren, daß die Geltendmachung nicht doch im einzelnen Fall einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte. Für die Fassung der hiernach notwendigen allgemeinen Vorschrift biete der Entwurf selbst Anhaltspunkte in den §§ 106 und 705 (jetzt §§ 138, 826 BGB.). Freilich lasse sich nicht verkennen, daß durch eine Vorschrift des vorgeschlagenen Inhalts dem Richter eine sehr weitgehende Machtvollkommenheit eingeräumt werde. Indessen dürfe man zu der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richters das Zutrauen haben, daß er von dieser Machtvollkommenheit den rechten Gebrauch machen werde; ohne solches Zutrauen seien auch die §§ 106, 705 nicht zu rechtfertigen. Die Besorgnis, daß die vorgeschlagene Bestimmung zahlreiche erbitterte Prozesse zur Folge haben werde, sei nach den bisherigen Erfahrungen nicht begründet. Die Beschränkung des Schikaneverbots auf schikanöse Geltendmachung von Ansprüchen genüge dem Bedürfnis und ermögliche die Zusammenfassung desselben mit der Anerkennung der exceptio doli generalis, welche auf dem gleichen Grundgedanken beruhe.

Dieser Antrag wurde abgelehnt. Man machte dabei etwa folgendes geltend: Durch die exceptio doli generalis werde in höchstbedenklicher Weise an die Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters gesetzt, und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt. Dem Zweck jener exceptio geschehe im Entwurf schon Genüge, insbesondere durch § 359. Vielfach handele es sich bei der Annahme eines Gegensatzes zwischen dem formellen Recht und der Billigkeit in Wahrheit um eine zu enge Auslegung rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Bestimmungen.

Man hätte die Möglichkeit, durch ausdrückliches Bejahen der exceptio doli generalis den rigor juris und eine formalistische Rechtsprechung zu vermeiden, bei den Vorarbeiten zum BGB. anerkennen und nicht in diesem Punkt hinter das römische Recht zurückkehren sollen. Unter einer Gesetzgebung, die den Richter sonst so weitgehende Befugnisse einräumt und die den Laienrichter zum Herren fast über Tod und Leben gemacht hat, hätten derartige Be-

denken nicht geltend gemacht werden dürfen. Rechtsprechung und Schrifttum haben ja, wie oben schon dargelegt, in der Folgezeit gezeigt, daß das Recht sich in der entgegengesetzten Richtung fortentwickelt hat.

§ 4.

Muß § 242 nur eng auf die Erfüllung ausgelegt werden, oder untersteht ihm das ganze Schuldverhältnis?

§ 242 BGB. kann nun nach zwei Richtungen ausgelegt werden, einmal, daß er sich nur auf die Erfüllung bezöge, andererseits, daß das ganze Schuldverhältnis ihm untersteht. Für die erste Ansicht kann der Wortlaut: „Die Leistung ist so zu bewirken," sprechen, ebenso könnte man folgern, daß § 242 nur den näheren Inhalt der Leistung nach § 241 angibt.

Im I. Entwurf waren die §§ 157 und 242 durch § 359 ausgedrückt:

> „Der Vertrag verpflichtet die Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt dieser Verbindlichkeit ergibt."

In den Motiven[35]) heißt es zu diesen Paragraphen:

„Es werden hierdurch nicht bloß gewisse Anhaltspunkte für die Ermittelung der aus konkreten Verträgen entstehenden Verpflichtungen gegeben, sondern vor allem der wichtige und praktische Grundsatz zum Ausdruck gebracht, daß der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treu und Glauben beherrscht wird und, wo die Ermittelung des Inhaltes eines Vertrages und der hieraus für die Parteien fließenden Verpflichtungen in Frage steht, jene Rücksicht in erster Linie zur Richtschnur zu nehmen ist. Zufolge der Bestimmungen in § 359 konnten vielfach bei der durch den Entwurf vorgenommenen Normierung der einzelnen Verträge speziellere Vorschriften über die aus denselben für die eine oder andere Partei sich ergebenden Verpflichtungen entbehrt werden, während, wo es nötig und besonders wünschenswert erscheinen mußte, im einzelnen die kontraktlichen Verpflichtungen näher aufgeführt werden, oder auf die Regel besonders verwiesen werden."

---

[35]) Mot. II. S. 198.

Es wurde darauf bei den Verhandlungen der II. Kommission, wie oben schon dargelegt, gefordert, die exceptio doli generalis in einem besonderen Satze zu normieren. Die §§ 224 und 359 des I. Entwurfs wurden zu § 906, der genau dem Wortlaut des jetzigen § 249 entspricht, verschmolzen, und § 127, der dem jetzigen § 157 entspricht, geschaffen. In den ganzen Vorverhandlungen des § 242 ist also als selbstverständlich angenommen worden, daß auch das Begehren des Gläubigers dem Grundsatz von Treu und Glauben zu unterliegen habe, sich also § 242 nicht nur auf die Leistung des Schuldners als solche beziehe.

Kurz zusammengefaßt kann also gesagt werden, daß die exceptio doli generalis, die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben mit mehr oder weniger offensichtlicher Zugrundelegung des § 242 BGB. abgeleitet wird, im heutigen Recht auf § 242 gestützt werden kann, und daß dieser Paragraph nicht eng auf die Erfüllung als solche ausgelegt zu werden braucht.

§ 5.

Die Arglist im Verhältnis zur Verjährung.

a) Muß die Arglist schon früher begründet sein, oder braucht sie erst in der Geltendmachung der Verjährung zu liegen?

Allgemein wird der Gegeneinwand der Arglist gegenüber dem Einwand der Verjährung zugelassen. Nur über den notwendigen Inhalt dieses Gegeneinwandes gehen die Ansichten auseinander[36]. Einmal, ob die Arglist erst in der Geltendmachung der Verjährung zu liegen braucht, oder ob sie schon vorher begründet sein muß, und dann, ob eine Arglist nach § 826 BGB. gegeben sein muß, oder ob nur ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorzuliegen braucht.

Die erste Meinungsverschiedenheit, ob die Arglist erst in der Geltendmachung zu liegen braucht oder schon vorher begründet sein muß, ist von Rechtslehre und Rechtsprechung fast einstimmig dahin entschieden worden, daß erst die Geltendmachung Arglist zu sein braucht. Diesen Standpunkt vertritt das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen. Schon in Bd. 57, 372 wird der Argliststeinwand zugelassen,

> „wenn die Beklagte durch ihr Verhandeln über die Höhe des von ihr dem Grunde nach anerkannten

36) Mayer, S. 35.

Anspruchs mit dem Kläger diesen von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten haben sollte."

Das Verhandeln über die Anspruchshöhe verstößt also noch nicht gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben, erst die Berufung auf die Verjährung gegenüber der angestrengten Klage kann arglistig sein, das Vorschützen der Verjährung gegen die spätere Klage macht die Arglist aus. Der Reichsgerichtsrätekommentar[37]) steht ebenfalls auf dem Standpunkt, daß „der Nachweis nicht erforderlich ist, daß der Schuldner von vornherein darauf ausging, durch seine Einwirkungen auf den Gläubiger die Einrede der Verjährung zu gewinnen, vielmehr genügt es, wenn die jetzige Erhebung der Verjährungseinrede gegenüber dem früheren Verhalten des Schuldners wider Treu und Glauben und gegen die guten Sitten verstößt."

Ebenso sagt Soergel[38]), „daß es nicht erforderlich dabei ist, daß Schuldner an seinem früheren Verhalten an die Verjährung und Schädigung gedacht habe." An anderer Stelle[39]) hat das Reichsgericht ebenfalls ausgesprochen, daß sich der Schuldner nicht auf die Verjährung berufen darf, wenn er dadurch ein Verhalten beweist, das mit der Stellungnahme, die er vor dem Rechtsstreit betätigt hat, unvereinbar ist.

In dem Urteil Bd. 87, 283, das auf mehrere frühere Entscheidungen verweist[40]), wird auch gesagt, daß schon eine mit einem früheren Verhalten unvereinbare Haltung im Rechtstreit zur Begründung der Arglisteinrede genügt. Ebenso heißt es in Recht 1919 Nr. 399, daß die Arglistreplik auch dann der Verjährungseinrede entgegensteht, „wenn es dem Schuldner nicht von vornherein um arglistige Klagehinderung zutun war."

Derselben Ansicht, daß der Einwand der Arglist sich auch erst auf die Geltendmachung von Ansprüchen stützen könne, ist Planck[41]). Ebenso sagt Warneyer[42]), daß es nicht erforderlich ist, daß der Beklagte „damals daran gedacht hat, den Kläger von einer Unterbrechung abzuhalten. Die Ursächlichkeit des Verhaltens des Beklagten für die

---

[37]) R. G. R. Komm. § 222 Anm. 3, RGZ. 78, 133; 86, 194.

[38]) Ebenso RGZ. 86, 194; JW. 1919, 102; JW. 1919, 304; Recht 19 Nr. 546, 547, 2080.

[39]) RGZ. 109, 309.

[40]) RGZ. 71, 432; 76, 347, 354; Warn. Rspr. 1914 Nr. 326.

[41]) Planck II § 242, 3, c, bb, S. 45.

[42]) Warn. Rspr. 1919 Nr. 295 Recht 1919 Nr. 399.

Säumnis des Klägers reiche aus, die Erhebung der Verjährungseinrede zur Arglist zu stempeln und unter diesem Gesichtspunkt ihre Zurückweisung zu begründen."

Dieselbe Ansicht vertritt Enneccerus[44]), daß die Verjährungseinrede durch die Replik der Arglist entkräftet werden kann, nicht nur, wenn der Gegner die Unterbrechung der Verjährung absichtlich verhindert hat, sondern auch dann, wenn er durch sein Verhalten den Berechtigten zu der Annahme veranlaßt hat, es werde eine Berufung auf die Verjährung nicht stattfinden, oder eine Unterbrechung der Verjährung sei nicht erforderlich. Auch Stoll[45]) sagt, daß gegen die Verjährungseinrede die Einwendung der Arglist schon dann gewährt wird, wenn derjenige der die Einrede der Verjährung vorbringt, durch sein Verhalten den Gläubiger von der Einhaltung der Frist abgehalten hat, wenn auch ohne Arglist, sogar ohne Verschulden.

Denselben Grundsatz hat das Reichsgericht auch in seiner neusten Entscheidung vom 17. Dezember 1926[46]) ausgesprochen. Es sei ein Rechtsirrtum, wenn man sage, der Einwand der Arglist sei nur dann begründet, wenn die Arglist schon früher gelegen habe. Die beim Reichsgericht zur Herrschaft gelangte Auffassung gehe dahin, daß erst in der Geltendmachung des Verjährungseinwandes die Arglist zu liegen brauche.

Diese Ansicht vertritt also Schrifttum und Rechtsprechung fast allgemein.

Brenner[47]), der davon ausgeht, daß die exceptio und replicatio doli generalis Rechtsgedanken verdecke, sagt, ein gemeinsamer Gesichtspunkt könne nicht durch den obengenannten Satz gewonnen werden. Denn es sei noch keineswegs dargelegt, wann und warum Treu und Glauben verletzt sind, es werde der irreführende Eindruck erweckt, als sei erst die Geltendmachung der Verjährung derjenige Tatbestand, aus welchem die Zurückweisung der Verjährungseinrede als Rechtsfolge abgeleitet werden könnte. In Wirklichkeit seien die Vergleichsverhandlungen, die Zusage, durch Unterlassung der Klage keinen Schaden erleiden zu sollen, also die damaligen vor Geltendmachung der Verjährungseinrede gelegenen Handlungen des Verpflichteten

---

44) Enneccerus § 218, 3.
45) JW. 1927, S. 2118.
46) JW. 1927, S. 658.
47) Brenner, S. 87 ff.

die unmittelbaren Ursachen der Zurückweisung der Verjährungseinrede. Die Aufstellung eines neuen Satzes habe aber nur dann Sinn, wenn durch ihn bisher unverständliche Rechtsfolgen erklärt und begründet werden. Dies sei nicht der Fall, da die Analogie zu § 208 BGB. und die Schadenersatz- und Gewährschaftsgrundsätze ausreichten.

Diese Ansicht ist jedoch zurückzuweisen, da im Wege der Analogie allein diese Fragen nicht zu lösen sind. Rechtsprechung und Schrifttum stehen ja auch, wie oben dargelegt, nicht auf dem Standpunkte von Brenner.

b) Muß eine Arglist nach § 826 BGB. gegeben sein, oder genügt schon ein Verstoß gegen Treu und Glauben?

Die zweite Meinungsverschiedenheit besteht darin, ob die Arglist nach § 826 gegeben sein muß, oder ob schon ein Verstoß gegen Treu und Glauben genügt.

In einem früheren Urteil des Reichsgerichts[18]) ist entschieden worden, daß die exceptio doli generalis entsprechend ihrem Zweck und der Bedeutung und der Tragweite der Verjährung nicht ausreicht, um die Einrede der Verjährung zu beseitigen, da den Verjährungsvorschriften größere Kraft beizulegen sei, und dadurch der gesetzgeberische Zweck der Verjährung gefährdet werde.

„Vielmehr muß eine die Erfordernisse des § 826 erfüllende Arglist vorliegen."

Warneyer[19]) hat im Anschluß an diese Entscheidung sich auf denselben Standpunkt gestellt, nur eine Arglist nach § 826 reiche zur Entkräftung des Verjährungseinwandes aus.

Ebenso sagt der Reichsgerichtsrätekommentar[50]), daß die vollendete Verjährung nur auf Grund der §§ 249, 826 BGB. wieder beseitigt werden kann, § 826 hemmt sie nicht, während andererseits nicht der Nachweis erforderlich ist, daß der Schuldner von Anfang an darauf ausgegangen ist, den Verjährungseinwand zu gewinnen.

Plank[51]) sagt, es sei zu fragen, ob die Zulassung einer replicatio doli gegen die Verjährungseinrede etwa mit dem rechtspolitischen Zweck der Verjährung nur dann verträglich sei, wenn der Schuldner diese durch arglistige

---

[18]) RGZ. 64, 220.
[19]) Warn. § 242, IV S. 399.
[50]) RGR. Komm. § 222 Anm. 3.
[51]) Planck, § 242.

Hinderung der Unterbrechung der Verjährung herbeigeführt habe.

Nur einer auf Verhinderung einer Unterbrechung der Verjährung gerichteten Arglist, die die Erfordernisse des § 826 erfüllt, wird durch eine replicatio doli gewährt. Auch die Literatur steht fast einstimmig auf dem engeren Standpunkte, bevor die grundlegende abändernde Reichsgerichtsentscheidung ergangen ist.

Aber schon die damalige Entscheidung des Reichsgerichts Band 64 ist nicht widerspruchslos hingenommen worden. Simonson[52]) wendet sich dagegen, daß nur das Vorliegen von § 826 genüge. Von dem Tatbestand dieser Entscheidung ausgehend sagt er, sie sei nicht erfreulich. Bei einem verwerflichen Verhalten des einen Teils sei der Richter zu besonders strenger Prüfung gezwungen, ob das Gesetz keine andere Entscheidung gestatte. Wenn die eine Partei durch ein Treu und Glauben verletzendes Verhalten den nicht von Amtswegen zu berücksichtigenden Erfolg der Vollendung der Verjährung, wenn auch nicht bewußt herbeigeführt hat, so entspricht es dem Rechtsgefühle, daß sie auch von ihr nicht vorausgesehene Folgen ihres Verhaltens zu tragen habe, als daß sie den daran gänzlich unschuldigen Gegner treffen. Das Reichsgericht habe in vielfachen Entscheidungen den durchaus richtigen Weg gezeigt, in dem es gewissen Rechtsbehelfen im Prozeß das Gehör versage, weil ihre Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoße. Man müsse sich daher fragen, ob es nicht besser gewesen wäre, wenn auch in diesem Falle das Reichsgericht den in Band 58 enthaltenen Satz: „Wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteil des andern einen Vorteil herleiten will“ zur Grundlage der Entscheidung genommen hätte.

Den Streit zwischen den engeren und weiteren Auffassung hat das Reichsgericht jetzt zu Gunsten der weiteren entschieden.

In der Entscheidung Bd. 87, 283 heißt es ausdrücklich: „Es reicht zur Begründung dieser Einrede aus, daß eine Partei im Rechtstreit eine Haltung einnimmt, die mit einem von ihr früher betätigten Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar ist. Daß aber die Arglist in diesem Sinne verstanden auch zur Entkräftung

[52]) Simonson, Z. f. R. i. B. 1907 S. 1306.

des Verjährungseinwandes geeignet ist, hat das Reichsgericht wiederholt anerkannt. Der II. Zivilsenat hat zwar in dem Urteil Bd. 64, 220 eine abweichende Ansicht geäußert und der Gegeneinrede der Arglist die bezeichnete Wirkung nur unter der Voraussetzung zugebilligt, daß der Schuldner die Unterbrechung arglistig verhindert habe. In der späteren Entscheidung Bd. 78, 130 hat sich jedoch der II. Senat auf den hier eingenommenen Standpunkt gestellt, sodaß zu einer Anrufung der vereinigten Zivilsenate kein Grund vorliegt."

Staub[53]) nimmt ebenfalls unter Hinweis auf die letzten Entscheidungen des Reichsgerichts an, daß ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten ausreicht.

Ebenso verlangt das Reichsgericht in Bd. 109, 309 nur ein Verhalten das mit „den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar ist." In Bd. 108, 110 sagt das Reichsgericht ausdrücklich, daß es den Einwand der allgemeinen Arglist anerkennt, und es zu dessen Begründung genügt, daß eine Partei in ihrer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eine Haltung einnimmt, die mit einem von ihr früher betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist.

Wenn man die Ableitung des Einwandes aus § 242 BGB. gelten läßt, so ergibt sie zugleich das Ausreichen eines bloßen Verstoßes gegen Treu und Glauben zur Bekämpfung der Verjährungseinrede. Einen besonders schweren Verstoß in der Eigenschaft einer unerlaubten Handlung zu verlangen, läßt sich auch nicht mit der erhöhten Wichtigkeit der Verjährung begründen, die in der Tat erweisbar ist, nicht bloß aus ihrer das öffentliche Recht streifenden Wirkung, Beweisschwierigkeiten und Rechtsstreitigkeiten abzuschneiden, sondern auch aus der ausdrücklichen Bestimmung des BGB. über die Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Erschwerungen der Verjährung. Hieraus ist aber zu folgern, daß nur die Rechtsgeschäfte nichtig sind, die noch vor Vollendung der Verjährung deren Eintritt ausschließen sollen, nicht auch nach dem Grundsatz der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit solche, welche das Recht der Leistungsverweigerung infolge Verjährung einschränken oder aufheben. Wenn aber das Gesetz die Verjährung nicht für wichtig genug hält, Vertragsabreden gegen die Wirksamkeit der eingetretenen Verjährung dann auszuschließen, wenn sie

[53]) Staub, H.G.B. § 377, Anm. 147.

nicht Treu und Glauben dienen, so liegt keine Veranlassung vor, sie für so wichtig zu halten, daß einseitige Einwendungen gegen sie unzulässig wären, die dem Schutz von Treu und Glauben, wenn auch nicht erst gegenüber einer unerlaubten Handlung dienen. Wenn man dem entgegenhält, daß dort die Verjährung mit Willen des Schuldners, hier aber auch gegen seinen Willen ihre Wirksamkeit einbüßt, so ist das bedeutungslos, denn hier handelt es sich um Folgerungen aus der Wichtigkeit einer Rechtseinrichtung, die außerhalb des Parteiwillens liegen.

Im Urteil vom 9. November 1915[54]) heißt es ebenfalls daß das bei der Verjährung mit in Frage kommende öffentliche Interesse, wie § 853 BGB. beweise, hinter das ebenfalls das Gemeinwohl berührende Interesse an der Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr zurückgestellt werde. Der § 853 enthalte keine Ausnahmevorschrift, sondern sei eine besondere Anwendung des die Einrede der allgemeinen Arglist beherrschenden Rechtsgedankens. Es heißt hier bezüglich der Frage, ob § 826 oder § 242 vorliegen muß, daß, soweit das auf der Beweiserleichterung beruhende Interesse des Schuldners an rechtzeitiger Klageerhebung in Frage kommt, es dem Rechtsempfinden entspreche und vom Gesetzgeber nicht gewollt sein könne, daß der Schuldner dieses Interesse auf Kosten von Treu und Glauben wahre. Von diesem Gesichtspunkt der Billigkeit aus habe das Reichsgericht in dem verwandten Fall der Versäumung einer vertraglichen Ausschlußfrist für die Klageerhebung die Geltendmachung der Verwirkungsklausel durch den Schuldner für unzulässig erklärt, wenn dieser durch sein Verhalten dem Gläubiger von der Wahrung der Frist abgehalten habe.

In dem Urteil vom 17. Dezember 1926[55]) heißt es ausdrücklich, daß es ein Rechtsirrtum ist, wenn man annimmt, daß § 826 BGB. zur Arglisteinrede gegenüber der Verjährung nötig sei. Früher habe das Reichsgericht einmal diesen Standpunkt eingenommen. Es müsse aber aus dem Grundsatze von Treu und Glauben mit Recht gefolgert werden, daß die Verjährungseinrede schon dann mit dem Gegeneinwand der Arglist zurückgewiesen werden kann, wenn der Schuldner den Gläubiger durch sein Verhalten, sei es auch unabsichtlich, von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten hat, weil mit einem solchen

---

[54]) JW. 1916, S. 184.
[55]) JW. 1927, S. 658.

Verhalten die Erhebung der Verjährungseinrede unvereinbar sei. Entsprechend dieser Begründung des Gegeneinwandes kann es nicht darauf ankommen, ob das Verhalten des Schuldners dem Gläubiger die Wahrung der Verjährungsfrist unmöglich gemacht hat, vielmehr muß zur Rechtfertigung des Gegeneinwandes ein Verhalten des Schuldners genügen, das dem Gläubiger nach verständigem Ermessen ausreichenden Anlaß bot, die Klageerhebung aufzuschieben.

Das Reichsgericht sagt dann weiter, daß das Verhalten des Schuldners auch in anderer Weise dem Gläubiger zum Aufschube der Klageerhebung bewegen könne, namentlich indem es ihn zu der Annahme verleite, daß ein Rechtstreit nicht notwendig, vielmehr auch ohne einen solchen vollständige Befriedigung des Anspruchs oder doch eine Einigung mit erträglichem Ergebnisse zu erzielen sein werde. Voraussetzung dafür sei natürlich, daß die Verhandlungen schon vor Verjährungsablauf eingesetzt haben.

Unter gütigem Verhandeln des Schuldners ist hierbei ein entgegenkommendes oder mindestens zweifelndes nicht aber ein grundsätzlich ablehnendes oder bestreitendes Verhalten zu verstehen. Es kommen also nur entweder Feststellungs- oder Vergleichsverhandlungen in Betracht. Solange solche Verhandlungen im Flusse sind, darf der Schuldner damit rechnen, daß gerichtliche Schritte des Gläubigers unterbleiben. Darnach darf auch der Gläubiger das Vertrauen haben, daß solche Schritte weder zur Beitreibung der Forderung noch zur Unterbrechung der Verjährung erforderlich sind. Dieser Sachlage muß der Richter Rechnung tragen, falls später dennoch der Verjährungseinwand erhoben wird.

Das Reichsgericht sagt in seinem Urteil vom 11. 4. 1927[56]) ebenfalls, daß mit dem Verhalten, das den Gläubiger, wenn auch ohne besondere Absicht, von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten hat, die Verjährungseinrede unvereinbar ist. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben steht ihr die Gegeneinrede der gegenwärtigen Arglist entgegen.

Diese Auffassung, daß schon ein Verhalten, das im Widerspruch zu Treu und Glauben steht, genügt, kehrt in allen neueren Entscheidungen des Reichsgerichts wieder. Es wird damit einem unabweislichen Bedürfnis des Rechts-

[56]) JW. 1927, S. 2569.

verkehrs entsprochen; denn, auch wenn dem Verpflichteten bei seinem früheren Verhalten jeder Gedanke an die Verjährung fern gelegen hat, kann seine Verjährungseinrede im Rechtstreit im Hinblick auf sein früheres Verhalten mit Treu und Glauben unvereinbart sein.

Arglist ist auch für vorliegend angesehen worden, wenn der verklagte Wechselschuldner, der dem Gläubiger versprochen hatte, daß er durch das Liegenlassen des Wechsels nichts verlieren sollte und daß er in Ansehung der Bezahlung später dran kommen werde, Verjährung einwendet.

Wenn das Reichsgericht (JW. 1908 S. 115) bei der Verwirkungsklausel die Einrede der Verjährung für arglistig ansieht, so entspricht es der Billigkeit, daß die Arglisteinrede auch bei der Verjährung zugelassen wird.

Wenn man nun fragt, wann die Einrede der Verjährung im Rechtsstreit im Hinblick auf das frühere Verhalten des Beklagten mit Treu und Glauben im Verkehr unvereinbar, arglistig ist, so wird man sich des für die Einrede der Arglist wohl bedeutungsvollsten Urteils RGZ. 85, 108 zu erinnern haben, welches sagt: „Die Würdigung der Einrede der allgemeinen Arglist muß ihrer Natur nach dem völlig freien Ermessen des Richters überlassen bleiben. Ihre Zulassung oder Ablehnung kann immer nur aus den im voraus nicht übersehbaren und individuellen Umständen des Einzelfalls gefolgert werden. Die Grenzen lassen sich rein theoretisch überhaupt nicht ziehen."

Brenner[57]), der die Annahme einer exceptio doli generalis ablehnt, lehnt die Lösung ohne die exceptio doli generalis durch eine Ergänzung der Parteierklärung zwar ebenfalls ab. Diese sei nach § 157 grundsätzlich allerdings zulässig und verfolge gerade den Zweck, die Rechtsfolgen solcher Ereignisse zu bestimmen, an welche die Parteien bei ihrer Vereinbarung entweder nicht denken konnten oder nicht dachten. Sie erreiche ihr Ziel durch die Frage und Feststellung: was hätten nach Treu und Glauben handelnde Parteien vereinbart, wenn der Ablauf der Verjährungsfrist in der Zeit und als Folge der Vergleichsverhandlung von ihnen vorausgesehen worden wäre? Sie würden wahrscheinlich bestimmen, daß der Ablauf der Verjährungsfrist für sie unbeachtlich sein und dem anderen Teile die Gelegenheit gewährt werden solle, trotzdem sein Recht vor Gericht zu verfolgen. Diese Lösung widerspreche

[57]) Brenner, S. 73 ff.

aber § 225 BGB., sie bedeute eine Verlängerung und eine Erschwerung der Verjährung. Und das wolle § 225 gerade verhindern. Trotzdem könne eine einwandfreie Lösung dieser Frage erfolgen, und zwar nur durch eine Analogie zu § 208 BGB. Dieser bestimme, daß die Verjährung dann unterbrochen wird, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber anerkennt. Hier sei im Gesetz zum Ausdruck gekommen, daß eine Verjährung dann nicht eintreten dürfe, wenn der Verpflichtete den Berechtigten dazu veranlaßt habe, den Eintritt der Verjährung nicht zu verhindern. Diese Tatsache, daß im Gesetz ein derartiger Gedanke zum Ausdruck gekommen sei, rechtfertige aber noch nicht den Schluß, daß, wenn der Verpflichtete den Berechtigten von der Verhinderung des Eintritts der Verjährung abgehalten habe, der Nichteintritt der Verjährung gerade durch eine Unterbrechungswirkung herbeigeführt werden müsse. Der Grundgedanke für die im § 208 erfolgte Anordnung des Nichteintritts der Verjährung sei ganz verschieden von dem, welcher als Mittel hierfür die Anordnung der Unterbrechung veranlaßt habe. Die Unterbrechungswirkung als Mittel für die Herbeiführung des Nichteintritts der Verjährung rechtfertige sich im § 208 lediglich aus der Besonderheit des den Bestand des Anspruchs anerkennenden Verhaltens. Daher komme nur der Grund des in § 208 angeordneten Nichteintritts der Verjährung, nicht aber die für diesen Nichteintritt gewählte Rechtsform als Stütze eines Analogieschlusses in Betracht.

Man könne im Wege des Analogieschlusses den § 208 den Obersatz entnehmen: Eine Verjährung soll dann nicht eintreten, wenn der Verpflichtete den Berechtigten dazu veranlaßt hat, den Ablauf der Verjährung nicht zu verhindern.

Dieser Obersatz habe zwei Anwendungsfälle. Der eine sei gesetzlich im § 208 vorgesehen, der andere sei gesetzlich nicht geregelt und müsse daher im Wege der Rechtsfindung und Lückenausfüllung in Ansehung seiner Voraussetzung und Rechtsfolgen bestimmt und abgegrenzt werden. Diesem Zwecke entspricht im Einklang mit dem Ergebnisse der Rechtsprechung folgender Satz: Hat der Verpflichtete den Berechtigten dazu veranlaßt, von einer die Verjährung des Anspruchs hemmenden oder unterbrechenden Handlung abzusehen, so wird die Verjährung des Anspruchs nicht vor Ablauf des Zeitraumes vollendet, innerhalb dessen der Berechtigte ohne schuldhaftes Zögern nach Wegfall

des Unterlassungsgrundes eine anderweitige Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung hätte herbeiführen können.

Es soll hier nur insoweit die Ansicht von Brenner wiedergegeben werden. Wenn Brenner der exceptio doli generalis jede Bedeutung absprechen will, so verkennt er ihre geschichtliche Bedeutung. Seine Ansicht, im Wege der Analogie die Frage lösen zu können, ist zu sehr gekünstelt. Auf viel klarerem Wege kommt man mit der exceptio doli generalis zu dem gleichen Ergebnis ohne aus § 208 mehr herauszulesen, als wirklich drin steht.

Kurz zusammengefaßt kann also gesagt werden, daß es einmal zum Durchgreifen der Arglistreplik genügt, wenn die Arglist erst in der Geltendmachung liegt, und andererseits ein Verstoß gegen Treu und Glauben ausreicht, § 826 also nicht erfordert wird.

Die Anhänger der Meinung, daß die exceptio doli generalis aus § 242 hergeleitet werden kann, andererseits aber den Begriff des § 242 enger fassen insofern, als sie sagen, § 242 beziehe sich allerdings nur auf die Erfüllung, sind in eine mißliche Lage bei der Arglistreplik gegenüber dem Verjährungseinwand gekommen. Sie versuchen es dann ungefähr mit folgender Konstruktion[58]):

Es müsse ausgegangen werden von dem durch die Verjährung gewährten Leistungsverweigerungsrecht, dem die Verpflichtung des Gläubigers entspreche, diese Verweigerung zu dulden, jedoch nur im Rahmen von Treu und Glauben. Er brauche sie also nicht zu erfüllen auf eine Weise, welche der gegen Treu und Glauben verstoßenen Arglist zu Gute kommt, und darum wenn sie sich nicht anders als auf solche Weise erfüllen läßt, überhaupt nicht zu erfüllen. Daß es gerade, wie § 242 verlangt, die Art und Weise der Erfüllung der Duldungspflicht ist, welche den Verstoß gegen Treu und Glauben enthält, nicht schon die Tatsache, daß sie überhaupt erfüllt wird, trete besonders zutage bei Berücksichtigung der zwangsweisen Durchsetzung des Duldens, die schon in der Verweigerung der Leistung gegenüber dem Begehren des Gläubigers der verjährten Leistung liegt. Erfülle nämlich der Gläubiger seine Duldungsverpflichtung in der Weise, daß er die verjährte Leistung garnicht begehrt, so verstöße der Schuldner der verjährten Leistung nicht gegen Treu und Glauben

[58]) Mayer, S. 36.

wenn er zu leisten sich weigert. Zwinge der Schuldner seinen Gläubiger die Erfüllung der Verpflichtung die Verweigerung der verjährten Leistung zu dulden, dadurch auf, daß er sie trotz des Bestehens auf Erfüllung verweigert, unter Umständen, welche eine Arglist enthalten, so verstöße die auf solche Weise herbeigeführte Erfüllung der Duldungsverpflichtung gegen Treu und Glauben.

Diese Beweisführung ist gekünstelt und daher abzulehnen. Sie ist auch garnicht erforderlich, wenn man sich auf den Standpunkt, wie oben dargelegt, stellt, daß § 242 nicht so eng nur auf die Leistung ausgelegt zu werden braucht, sondern auf das ganze Schuldverhältnis Anwendung findet, also nicht nur auf die Art und Weise der Erfüllung, sondern auch auf das Bestehen und die Geltendmachung. Dann ergeben sich keine Schwierigkeiten. Ebenso wenig bei der Annahme, daß die exceptio doli generalis, ohne sie auf einen bestimmten Paragraphen zu stützen, aus allgemeinen Gesichtspunkten zugelassen werden darf[59]).

§ 6.

Innerhalb welcher Frist ist die Klage zu erheben?

Es fragt sich nun, innerhalb welcher Frist nach Abbruch des Verhandelns der Parteien, z. B. bei Vergleichsverhandlungen, Klage erhoben werden muß. Das Reichsgericht[60]) sagt hierzu etwa folgendes:

Eine Hemmung der Verjährung mit der in § 205 BGB. bestimmten Wirkung, daß die Hemmungsdauer nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet wird, findet nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen statt, und zu diesem gehört die Einrede der Arglist oder ein sie begründendes Verhalten des die Verjährung vorschützenden Schuldners nicht. Aus entsprechenden Gründen kann allerdings auch nicht etwa angenommen werden, daß nach Aufhören der die Einrede der Arglist begründenden Umstände die Verjährungsfrist wie nach einer Unterbrechung der Verjährung, von Neuem beginne. Vielmehr ist gemäß den Grundsätzen von Treu und Glauben, auf denen der Einwand der Arglist gegen die Verjährungseinrede beruht, die Frist innerhalb der nach Aufhören der den Arglisteinwand rechtfertigenden Verhältnisse der Anspruch durch Klage oder in anderer zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten

---

[59]) Baehr, S. 299.
[60]) JW. 1927 S. 658.

Weise geltend zu machen ist, nach den Anforderungen des anständigen Geschäftsverkehrs und den Umständen des Falles zu bestimmen. Auch wenn die Klage zunächst bei einem örtlich unzuständigem Gericht erhoben worden ist, steht dies ihrer Berücksichtigung in dieser Hinsicht nicht entgegen. Aus § 212 BGB. ergibt sich, daß die beim unzuständigen Gericht erhobene Klage bis zu ihrer Abweisung durch ein die Unzuständigkeit rechtskräftig aussprechendes Urteil für die Unterbrechung der Verjährung die gleiche Wirkung hat, wie wenn sie beim zuständigen Gericht erhoben werde. Entsprechendes muß auch für die hier behandelte Frage gelten, ob die Klage nach Aufhören der den Arglisteinwand gegen die Verjährungseinrede rechtfertigenden Umständen durch Einreichung beim unzuständigen Gericht rechtzeitig erhoben werden kann, und inwiefern ihre Wirkung durch den Ausspruch der Unzuständigkeit und die Verweisung des Rechtsstreit an das zuständige Gericht beeinträchtigt wird.

Die Redewendung des Reichsgerichts, die nachträgliche Klagefrist bestimme sich „nach den Anforderungen des anständigen Geschäftsverkehrs und den Umständen des einzelnen Falles“ befriedigt nicht. M. A. nach sollte der Gläubiger nach Behebung des Hindernisses seine Forderung jetzt unverzüglich einklagen.

Die in der Frage der Gegeneinrede der Arglist gegen die Einrede der Verjährung gezeigte Stellungnahme in Schrifttum und besonders in der Rechtsprechung ist im vollen Umfange nur zu begrüßen. Alle gegen die Anwendbarkeit der exceptio doli generalis vorgebrachten Befürchtungen haben sich bisher als nicht zutreffend erwiesen, sie entspricht im Gegenteil dem gesunden Rechtsempfinden unseres Volkes und ist bestimmt, dem Recht über den Formalismus zum Siege zu verhelfen.

Lebenslauf.

Ich bin am 7. April 1904 als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Robert Lehnert zu Steinau a. O. in Steinau a. O. geboren worden.

Ich besuchte drei Jahre die Seminarübungsschule zu Steinau, trat Ostern 1913 in die höhere städtische Knaben- und Mädchenschule in Steinau ein, Ostern 1918 in die Untersekunda des humanistischen Gymnasiums zu Wohlau ein und bestand am 13. März 1923 dort das Abitur.

Vom Sommersemester 1923 bis zum Sommersemester 1926 war ich bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau immatrikuliert und bestand am 31. Januar/1. Februar 1927 zu Breslau das erste juristische Staatsexamen und am 1. März 1927 die mündliche juristische Doktorprüfung vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Seit dem 15. März 1927 bin ich als Gerichtsreferendar tätig.